IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN PROCESSV REVERENDI

P. PROVINCIALIS, ET DIFFINITORII Ordinis Divæ MARIÆ de Mercede Descaltiatorum, Redemptionis Captivorum, Provinciæ Castellæ.

SVPER COMPVLSA AD FINEM Extrahendi instrumentum publicum Comandæ.

POR LOS MVY REVERENDOS PADRES Provincial, y Difinitorio de los Mercenarios Descalços, Redempcion de Cautivos, de la Provincia de Castilla, y Fr. Francisco de los Angeles, Procurador de dicha Provincia, en su nombre.

EL Doctor Don Miguel Perez de Olivan, y Vaguer, Arcidiano de Aliaga, en nombre, y como Procurador de Doña Maria Luisa Ximenez de Aragues, Viuda de Iuan Lorenço Villanueva, nombrò en Escrivano Principal de la Escrivania Fiscal de la Corte del Ilustrissimo señor Iusticia de Aragon a Pedro Antonio Labadia, y para la seguridad de los emolumentos, y vtiles resultantes de ella, fue ajustado que los avia de entregar todos los meses a dicha Doña Maria Luisa, ò a sus habientes drecho, y causa, conforme se estila en las demas Escrivanias de la Corte; y para la siguridad del cumplimiento se obligaron en escritura de Comanda, y deposito dicho Pedro Antonio Labadia, y otros en 3. de Noviembre del año 1659. la qual Comāda se puso en nombre de dicho Arcediano de Aliaga, como resulta notoriamente de la contracarta, que el dicho otorgò, acto cōtinuo, el mismo dia, mes, y año ante el mismo Notario, y testigos en la forma siguiente.

IN DEI nomine Amen. Sea a todos manifiesto: Que yo el Doctor Don Miguel Perez de Olivan, y Vaguer, Arcidiano de Aliaga, Dignidad en la Santa

Iglesia Metropolitana de la Seo de la Ciudad de Zaragoça: Atendido, y considerado Don Ioseph Ballagriva Infançon, Ciudadano de la dicha Ciudad, Agueda Navarro, Viuda del quondam Diego de Santafe de Sesse, Pedro Antonio Labadia, y Iosepha Balentina Colomina, y Navarro conjuges, domiciliados en la dicha Ciudad; simul, & insolidum han reconocido, y confessado tener en verdadera encomienda, puro, llano, y fiel deposito de mi dicho otorgante, tres mil libras Iaquesas, y esto mediante escritura de Comanda hecha en la dicha Ciudad en el presente dia de oy, y por el Notario la presente testificante testificada. Y atendido la dicha suso calendada Comanda, es lisa, y sin condicion alguna. Y atendido yo dicho otorgante, COMO PROCVRADOR de D. Maria Luisa Ximenez de Aragues, Viuda del quõdã D. Lorenço Villanueva, del Consejo de su Magestad, y su Secretario en el Supremo de los Reynos de la Corona de Aragon, he nombrado en Escrivano Principal de vna de las Escrivanias de la Corte del Illustrissimo señor Iusticia de Aragon, segun la facultad, que para ello tiene dicha mi Principal a dicho Pedro Antonio Labadia, Y PARA SEGVRIDAD DE LOS EMOLVMENTOS DELLA PROCEDIENTES, SE HA HECHO, Y OTORGADO LA DICHA SVPRA PROXIME, CALENDADA COMANDA, por lo qual de mi buen grado, reconozco, y confiesso no me valdrè de ella, sino en caso, que el dicho Pedro Antonio Labadia no diere, pagare, y entregare A LA DICHA DOñA MARIA LVISA XIMENEZ DE ARAGVES, ò A LA PERSONA QVE SV LEGITIMO TITVLO, ò DRECHO TVVIERE en cada vn mes del año, miẽtras aquel tuviere dicho titulo de Escrivano Principal, toda aquella cãtidad q̃ procediere, y se sacare de los negocios, y cosas, q̃ de dicha Escrivania se despacharen, y q̃ son pertenecientes, y tocantes a la porcion de principal, segun, y de la forma q̃ es costumbre partir, y di-

vidirse en las demas Escrivanias de dicha Corte, los emolumentos de ellas, y en dicho caso solamente me valdrè por aquella cantidad, ò cantidades que huviere aquel dexado de pagar, constando legitimamente aver entrado en su poder, y si por contravenir a lo sobredicho, ò parte de ello expensas algunas importarà hazer daños, intereses, y menoscabos sostener, todos aquellos, y aquellas prometo, y me obligo, &c.

Aviendo constado por el tenor de la contracarta rereferida, que dicha comanda se puso a nombre de dicho Arcediano, perteneciendo, en la verdad, a Doña Maria Luisa, ò a sus habientes drecho, y que aquella en su testamento avia instituido en heredero vniversal a Don Iuan de Villanueva su hijo, el qual mediante donacion inter vivos, ratificada en su testamento dispuso de dicha Escrivania Fiscal, por todas las vidas, que tenia facultad Real de poder disponer, y gozar aquella, y de otros bienes a favor de la Religion de Mercenarios Descalços de la Provincia de Castilla, para que en la Ciudad de Zaragoça se funde vn Convento de dicha Religion, quedò decretado el mandato de compulsa contra el Notario, para que entregara en publica, y fefaciente forma dicha comanda a los RR. P. Provincial, y Difinitorio de la Provincia de Castilla.

Intimòse el decreto al Notario, y respondiò, que por aver cancelado dicha comanda dicho Arcediano de Aliaga, dudava el sacarla en publica forma, con lo qual segun el estilo, y practica que refiere *Pedro del Molino, pag. 274. col. 1. ante finem*; se hizo notificacion a todos los que podian tener interese, los quales en vn memorial, y cedula alegaron diversas razones, pretendiendo no procede el mandarse sacar, y entregar dicha comanda a los compulsantes, aviendola cancelado el mismo a cuyo favor esta va otorgada.

Pero sin embargo de la asserta cancelata, que es el principal fundamento de la parte contraria, deve mandarse sacar en publica forma dicha comanda, de la mis-

ma suerte, que sino se huviera cancelado, pues aviendose otorgado la afferta cancelaciõ por quien no tenia poder, ni facultad para ello, es como sino se huviera hecho, *ad leg. si chirographum, ff. de probat. leg. inductus, Cod. de solut. l. postquam, l. labeo, ff. de pactis, Menoch. lib. 1. de Arbitrar. q. 90. n. 24. post Bald. in leg. scrinarios, vers. Item scias, C. de milit. test. Grat. discept. forens. cap. 593. n. 16. & cap. 699. à num. 1.* y otros que junta Valenzuela *consil. 32. num. 90.*

El principal fundamento consiste, en que, aunque dicha comanda la otorgaron dichos Pedro Antonio Labadia, y los demàs en ella nombrados, a favor de dicho Arçediano de Aliaga, aviendo este declarado instrumentalmente, en la contracarta referida, averse hecho en seguridad de los emolumentos de dicha Escrivania Fiscal pertenecientes a dicha Doña Maria Luisa, ò a sus habientes drecho, por aver como Procurador de la dicha, nombrado en Escrivano Principal de dicha Escrivania a dicho Pedro Antonio Labadia, es constante que conforme a drecho las acciones, y dominio de dicha comanda se radicaron en la persona de dicha Doña Maria Luisa, y han passado a sus successores, y no en manera alguna en la persona de dicho Arcediano, que en la verdad solo intervino, como Procurador, prestando su nombre en lo aparente, lo qual no le atribuyò drecho alguno para podella cancelar, antes todo el de la dicha comanda se radicò en dicha Doña Maria Luisa, es texto expresso que lo prueba la *l. quod Procurator 68. de Procurat.* que dize: *Quod Procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito Procuratore dominus petere potest.*

Con el texto referido, y otros que cita *Alfonso de Olea*, alegando en apoyo muchos DD. funda, que el dominio, y accion en los contractos que los Procuradores celebran, y estipulan *ex re domini*, se adquieren al principal, sin cesion alguna, *in tractatu de cesione iur. & action. quaest. 9. à num. 6.* y aunque

en algunos casos que refiere *in dict. quaest. 9.* se necessite de cesion del Procurador *in viam iuris*, que no permite, *quod alteri stipuletur*; pero essa regla no milita en los instrumentos guarentigios, como advierte el mesmo *Olea, ex Massa, Galesio vbi supra num. 26.* ibi: *Ex instrumento guarentigio vtilem actionem domino adquiri sine cessione*; y la razon es, porque en ellos el Notario estipula por el ausente, y aviendo en los numeros 28. y 29. hecho vna Colectanea de los DD. mas graves prosigue diziendo, *quorũ communis resolutio est, sine cessione ex stipulatione Notarij vtilẽ absenti actionem adquiri.*

Luego hallandose en el caso contravertido no solamente la estipulacion del Notario a favor de Doña Maria Luisa, sino tambien confession expressa de dicho Arcidiano, de que dicha comanda era para la siguridad de los emolumentos de dicha Escrivania pertenecientes a aquella, y a sus habientes drecho, es al parecer sin disputa cierto, que la comanda se radicò en la persona de dicha Doña Maria Luisa, y no en la de dicho Arcidiano, pues hallandose confessado por èl, en la contracarta, es lo mismo que si la comanda se huviera otorgado expressamente a favor de dicha Doña Maria Luisa, porque en Aragon la comanda, y la contracarta se tienen por vn mismo instrumento, vt pluribus exornat *Suelves cons. 9. num. 9. in 2. semicent.* Y assi dicho Arcidiano no tuvo drecho, ni acciõ alguna para cancelarla.

En mas vrgentes, y apretados terminos lo funda por constante, y cierto *Noguerol. tom. 1. allegat. 20.* donde defiende, que aviendo comprado vn oficio, que se vendia sub hasta judicialmente, y puesto el remate a favor del licitador, que avia hecho la manda, y no constar en los actos de otra cosa; sin embargo por averse probado con testigos de confession extrajudicial, indicios, y presumpciones averla hecho como Procurador, y a devocion de tercera persona, dize *nu. 23. 30. & 31.* q̃ el dominio quedò radicado en el principal, y no en el nõbrado en la trança conforme el texto, *in leg. multũ in-*

tereſt 6. *Cod.ſi quis alteri vel ſibi*, en aquellas palabras, *quod ſi tu quid emiſti, & tibi tradita eſt poſſeſsio, tantum autem NOMEN VXORIS QVONDAM TVÆ INSTRVMENTO SCRIPTVM EST, res geſta potior, quam ſcriptura habetur.*

Pondera el miſmo *Noguerol.dict.allegat.*20. *à num.* 21.*vſque ad* 24. otros muchos textos, y Doctores, y aviendo en el *num.* 21. expendido a *Paulo de Caſtro,* con los textos, *in l.*1.2. & 3. *Cod. ſi quis alteri vel ſibi,* proſigue diziendo, *atque ita D.Hieronymus in emptione huius officij merus dumtaxat mandatarius, nuduſque miniſter fuit, neque propter hoc aliquod dominium ex ea adquirere potuit, dict.l.*3.y al fin del numero 22.concluye aſsi, *ex quibus iam caſus in noſtra ſpetie in favorem Marchionis deciſſus apparet, vt ab initio adquiſitionis officij dominium eius in Marchione, non autem in D. Hieronymo reſidiſe facile dignoſcatur; inſpecta enim declaratione à D.Hieronymo facta, nihil intereſt vtrum licitationem in emptione dicti officij D.Hieronymus fecerit, an vero Marchio: vtrumque enim in idem recidit.* Y deſde el numer.33. haſta el 69.diſtingue ſeis caſos, en los quales funda, que por el contracto, que haze el Procurador, aunque ſea ſin expreſſar el nombre del principal ſe adquiere el dominio a aquel, y no al Procurador, a cuyo nombre ſe hizo.

El primero, quando el mandato es general *ad emendũ nomine mãdãtis*, en el qual aunq̃ el Procurador celebre el contracto abſolutamente, ſin expreſſar el mandato, ni el nombre del mandante, en duda ſe preſume aver comprado con la calidad de Procurador, y aver adquirido la coſa al mandante, *ex gloſa in leg. qui in aliena* 6.*§.ſi is qui putabat, ff. de adquirenda hæred.gloſ.in leg. ſi pupilus, §.*1.*de negotiis geſt. Noguerol.vbi proxime, nu.* 33.*plurib. DD. relatis*, concluye con eſtas palabras: *Quod ſi præceſsit mandatum ad aliquid faciendum, tunc etiam ſi faciens actum nomẽ ſuum proprimum exprimat; præſumitur tamen in executionem mandati feciſſe, Perey-*

reyra de emptione , & venditione ; cap.20. numer.17.

El ſegundo a *nu.36.* quando el mandato fue eſpecial para cierto fin, en el qual aunque el Procurador contrate a ſu nõbre, y ſe põga aquel en la obligaciõ, el dominio, y vtilidad del contracto ſe le adquiere al mandante, *ex l.4.§.unde quæri poteſt, ff. de manumis.l.pignori, §.fin.ff. de vſucap. Bart.in l.ſi in aliena, §.ſi is qui putabat, ff. de adquirend.hæred.*

El tercero milita quando el Procurador expreſsò en el contracto, que lo hazia en nõbre del principal, a quien ſe le hizo la entrega de la coſa iuxta terminos, *l.res ex mandato 59.ff. de adquir.rer.domin. l.ſi Procurator 13. eodem*, y otros que cita *à num.42. vſque ad 48.* en el qual ay menos dificultad en que el dominio, y accion ſe le adquiera al mandante.

El quarto es, quando la coſa acerca de la qual ſe celebra el contracto, tan ſolamente conviene, y ſe adapta al principal, tunc enim, etſi ſimpliciter agat, non expreſſo nomine domini, aut mandato, domino adquirit, *vt per Bart.in leg.1.§.nuntiatio, ff.de novi oper. nuntiat. l.poſt mortem 5.§.tutor ff.quando ex facto tutor.* y otros muchos que cita *num.49. & 50.*

El quinto le forma *à num.51.* en la eſpecie del texto *in dict.l.multum intereſt, Cod.ſi quis alteri, vel ſibi.*

El ſexto caſo, que pondera Noguerol deſde el *num. 59.* es quando el Procurador declarò, que la compra, ò contracto no lo avia hecho para ſi, ſino a beneficio, y vtilidad del dueño principal, *tunc enim ex cõfeſsione, & bonæ fidei recognitione probatur non contraxiſſe ad ſuam vtilitatem, ſed potius ad vtilitatem illius cuius favore declaravit*, como lo ateſtan *Bald. & Salicet.in dict.leg. multum intereſt, C.ſi quis alteri, vel ſibi num.3.*

Todos los caſos referidos convienen con el controvertido, adaptandoſe a èl, los vnos, con mayoria de razon, y los otros en propios terminos, por hallarnos en los de aver dicho Arcidiano declarado inſtrumentalmente en las atendencias de dicha contracarta, y recono-

no-

nocimiento, que como Procurador de Doña Maria Luisa, avia nombrado en Escrivano Principal de dicha Escrivania a Pedro Antonio Labadia, y que el averse este, en compañia de sus conrreos devendi, obligado en la comanda, que se suplica sacar en forma, avia sido para la seguridad de los emolumentos de dicha Escrivania pertenecientes a dicha Doña Maria Luisa.

Luego estamos en el caso mas individuo, y claro, en que no puede aver question, ni dificultad alguna, que aunque dicha comanda se puso a nombre de dicho Arcidiano, este jamàs tuvo drecho, ni accion en ella, sino que el dominio, y accion indefectiblemente se radicò en la persona de Doña Maria Luisa, y en sus successores en dicha Escrivania Fiscal, y por consiguiente la asserta cancelacion, que otorgò dicho Arcediano, fue nula, vtpote, como hecha à non habente potestatem.

Pero quando esto no fuera tan evidente, y llano, y se huviera de emplear el discurso en indagar por circunstancias exteriores el animo de dicho Arcidiano, y demàs contrayentes, queda de las antecedentes, y subsiguientes, que resultan del mismo hecho, convencido, que la accion, y dominio de dicha comanda se avia radicado en dicha Doña Maria Luisa, y passado a sus successores dicha Escrivania, sin q̃ jamàs, ni en tiempo alguno aya tenido drecho, ni accion por si dicho Arcidiano, aunque en ella se halla escrito su nõbre, segun lo q̃ funda *Beroio in quæst. famil. quæst.* 46. *n.* 5. alli: *Quando actus ab aliquo geritur, etiã nomine propio, si ex præcedentibus, vel ex sequentibus coligi potest, quod NOMINE ALIENO, ET NON PROPIO GESERIT, TVNC NOMEN PROPIVM EXPRESVM NON ATTENDITVR, sed magis alia verba considerãtur, vt voluit Abbas ibique Decius in* 1. *conclusione, in cap. quoniam Abbas de offic. delegat. & optimè habetur per Bart. in l. si servus communis ita, ff. de stipul. serv.*

No puede omitirse lo que a este proposito dize *Duardo super Bulla de censib.* §. 3. *q.* 16. *num.* 4. *vers. est*

ta-

tamen verum, ibi: *Idem dicendum est, si ex circunstantijs, & coniecturis appareat, quod Procurator non sibi, sed domino pecuniarium voluerit adquirere*, & ibi: *Et res erit citra omnem controversiam, si Procurator fuerit stipulatus, pro domino, iuxta ea quæ habentur per eandem Rotam decis. 416. n. 4. & 5. post eadem commentaria, in Anconita pecun. 23. Ianuarij 1612. coram Reverendissimo P. Pirovano. Hæc enim nominatio opperatur translationem dominij in nominatum.*

De estas doctrinas, y otras muchas que expende, y pondera *Noguerol. d. allegat. 20.* se manifiesta, que no obstante la asserta cancelacion de la comanda deve mandarse extraer en publica forma, y entregarse a mi parte, como sucessor, y habiente drecho de Doña Maria Luisa, mediante la donacion, que Don Iuan de Villa nueva su hijo, y heredero hizo de dicha Escrivania, vtiles, y emolumentos de ella, con los demas bienes, que destinò para la fundacion del Convento, que su devocion deseò efectuar en la presente Ciudad, pues por el reconocimiento, y escritura de contracarta confiessa dicho Arcediano, que dicha comanda, aunque en lo aparente estè a su favor, en la verdad se hizo para la seguridad de la cobrança de los emolumentos, con que dicho Pedro Antonio Labadia avia de corresponder cada mes a dicha Doña Maria Luisa, y a sus sucessores, y habientes drecho; y assi dicho Arcediano no pudo en manera alguna cancelarla, como queda fundado.

No solo procede lo dicho in viã iuris cõmunis, sino tãbien conforme los Fueros, y practica del Reyno, que se fundan mas en la verdad, q̃ en lo aparente, segun la decissiõ q̃ advirtiò V.S. refiere el Practico *Miguel del Molino verb. censualia, fol. 62. col. 1.* ad medium, donde dize: *Quidam habens vnum contractum censualis recognovit alteri, quod erat emptum cum pecunijs illius, cui fecit recognitionem, & quod erat factus in fide, & por cubierta, & fictus, & quod non erat suus in rei veritate*; (como aqui la comanda para seguridad de los emolumentos de dicha

cha Escrivania pertenecientes a dicha Doña Maria Luisa) *demum ille cui facta fuit recognitio comparuit coram Iustitia Aragonum cum instrumento emptionis dicti censualis, & cum dicto instrumento recognitionis* (de la suerte q̃ mi parte ha exhibido dicha contracarta, la donaciõ, y demas inclusiones) *& renuntiato, & concluso negotio Procurator debitoris cõparuit coram Iustitia Aragonũ, & se opposuit dicens, quod sententia non poterat sequi ex prædictis, ex eo quia per contractum recognitionis, & per confessionem recognoscentis manifeste constabat contractum primitivum fuisse factum in fide, & por cubierta, fuit determinatum in Consilio Iustitiæ Aragonum* 16. *Octobris anno* 1433. *in quadam causa Francisci de Vera contra Santium la Sierra, quod illa verba quod erat factus in fide, & por cubierta*, *ERANT QVOAD NOMEN CREDITORIS IBI APPOSITVM: sed non vera quoad veritatem contractus, & quod his non obstantibus poterat sequi sententia, & debebat sententiari CVM ILLO, QVI IN REI VERITATE ERAT DOMINVS DICTI CENSVALIS licèt non esset formatum ad eius nomen.*

Luego aviendose otorgado dicha comanda en resguardo, y seguridad de los emolumentos de dicha Escrivania, y constando desta verdad instrumentalmente, y por confession del mismo, a cuyo nombre se puso en fè, y confiança, que aquellos pertenecian a dicha Doña Maria Luisa, es indubitable, que careciò de poder dicho Arcediano para podella cancelar.

Ni puede escurecerse cõ el reparo, q̃ en la informacion se hizo, diziendo, q̃ los deudores de dicha comanda pudieron para salir de la obligacion pagar las 3000. lib. estipuladas en aquella a dicho Arcediano, por ser la persona a cuyo favor se obligarõ, y por consiguiẽte, q̃ la cãcelaciõ se hizo por quiẽ tenia legitima facultad, y poder.

Porque se responde, que en el caso concreto la comanda, y contracarta se otorgaron vnico contextu, ante vnos mismos Notario, y testigos, y entrambas escritu-